



FACULTAD DE DERECHO

EL DERECHO COMO DISCURSO: UNA PERSPECTIVA FOUCAULTIANA

Autor: Carmen Elena Bardi Vale

Tutor: Delia María Manzanero

Madrid
Junio de 2014

Índice de contenidos

Presentación p. 5

PRIMERA PARTE – PODER, SABER Y DOMINIO: EL PODER DISCIPLINARIO

- Capítulo 1. Una introducción al poder disciplinario** p. 7
1. Definición y manifestaciones de poder: exclusión de la teoría clásica liberal p. 7
 2. Saber y conocimiento bajo la metodología arqueológica de Foucault p. 10
 3. Poder y saber: dos realidades integradas, un planteamiento anti-humanista p. 11

SEGUNDA PARTE – LAS INTERACCIONES ENTRE PODER JURÍDICO Y PODER DISCIPLINARIO

- Capítulo 2. La oposición entre ley y norma** p. 16
- 2.1. Una distinción de origen aristotélico: la oposición en el plano teórico p. 17
 - 2.2. El Derecho como mecanismo de resistencia a la norma: la oposición en el plano práctico p. 19
- Capítulo 3. El Derecho como vehículo normalizador** p. 22
- Sección primera - Los *ilegalismos*: un problema que no pierde actualidad p. 23
- Sección segunda - . Derecho y norma en los espacios de poder concretos: lo doméstico y lo comunitario p. 24
- 3.1. Derecho doméstico y patriarcado p. 24
 - 3.1.1. Un pulso entre el poder jurídico y el poder disciplinario: el Derecho Social p. 25
 - 3.1.2. La no-representación de la mujer en la norma: Olympe de Gouges y el análisis crítico del discurso p. 27
 - 3.2. El Derecho Estatal y el Derecho de las comunidades: una fractura legal p. 29
 - 3.2.1. Los Centros de Internamiento de Extranjeros: una perspectiva foucaultiana p. 31

3.2.2. Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el pensamiento
abismal p. 34

**Capítulo 4. Las interacciones entre los espacios de poder según Boaventura
de Sousa Santos y el caso del empleo doméstico: las constelaciones de
ilegalismos** p. 38

CONCLUSIÓN p. 41

BIBLIOGRAFÍA p. 43

EL DERECHO COMO DISCURSO: UNA PERSPECTIVA FOUCAULTIANA

Carmen Bardi Vale

Profesor tutor: Delia Manzanero

El objetivo de este trabajo es de comprender, siguiendo el razonamiento de Michel Foucault, las interacciones del Derecho con los sistemas normativos no institucionalizados y las relaciones de poder entre grupos e individuos; así, veremos que el sistema jurídico puede reaccionar tanto legitimando el poder disciplinario como neutralizándolo. Este método nos hará encuadrar el Derecho dentro de lo que sería una caja china de poderes, sin darle un enfoque esencialista y olvidando la tradicional problemática de la soberanía. En primer lugar hemos analizado el poder disciplinario, para, a partir de éste, poder comprender sus interacciones con el poder jurídico. Así, en la segunda parte de nuestro trabajo estudiaremos las dos posibilidades de interacción entre estos dos poderes a través de los ejemplos del Derecho Social y del Trabajo y el Derecho de Extranjería.

Palabras clave: Foucault, poder disciplinario, poder jurídico, ilegalismos, pensamiento crítico, pensamiento abismal, dominación

The aim of this dissertation is to understand, through Michel's Foucault deductive reasoning, two main points: the existing interaction between Law and the non-institutionalized normative systems, and the power relationships between groups and individuals. The conclusion will be that actually the juridical system can face up these complexities through either authorizing the use of disciplinary power or, on the contrary, counteracting it. This analytical method will help us to fit Law within what we may consider as a Chinese box of power, pointing up not to regard it from an essentialist point of view and keeping from the long dated issue of sovereignty. First of all we will focus on the disciplinary power in order to understand its interactions with the legal power. Therefore, we will secondly analyse the two different possibilities of interactions between these powers through the examples of Social and Labour Law, and Migration Law.

Key words: Foucault, disciplinary power, legal power, illegalisms, critical thinking, abysmal thinking, domination

Michel Foucault es considerado uno de los pensadores más influyentes del S. XX; su análisis de las relaciones de poder, mecanismos disciplinarios, saber y sujeto revolucionó la filosofía y sociología de la época, siendo su obra todavía hoy innovadora.

Foucault nace un 15 octubre 1926 en Poitiers, Francia, y muere tan sólo 58 años más tarde en París. Terminó sus estudios en Filosofía y Psicología en el *Ecole Normale Supérieure*, etapa durante la cual sufrió una depresión aguda; posteriormente se afilió al Partido Comunista Francés, que abandonó un par de años después

En los años siguientes, el filósofo se doctoró e impartió clases en varias universidades en el extranjero; cuando volvió a Francia, se unió al movimiento de mayo del 68, siendo uno de sus activistas y promotores intelectuales más destacados. Esta experiencia hizo crecer su interés e implicación en la política, que pronto volvió a decaer, una vez más, tras su decepción con los partidos franceses de izquierda. A partir de 1970 impartió clases en el *Collège de France*, la institución académica más prestigiosa de París, en la que ocupó la cátedra de *Historia de los Sistemas del Pensamiento* hasta su muerte en 1984. Varios acontecimientos a lo largo de su vida marcaron su obra: en primer lugar su internamiento en un psiquiátrico, como consecuencia de los intentos de suicidio durante su etapa universitaria, le hicieron interesarse en el estudio de la psicología y tuvieron una repercusión directa en *La Historia de la Locura y El Nacimiento de la Clínica*. Su etapa de activista en 1968 le llevó a interesarse por el funcionamiento interno de las prisiones, inquietud a partir de la cual escribió *Vigilar y Castigar*.

Foucault es el máximo exponente del análisis crítico, que es un método de estudio que busca las conexiones entre coerción y conocimiento, es decir, de qué forma un elemento de saber aceptado y consolidado crea unos efectos de poder y hace que un sistema de violencia sea aceptado como un elemento o proceso racional. El análisis crítico estudia el nexo entre saber y poder que sostiene un sistema y lo hace aceptable a los ojos de la sociedad; su función es la de de-construir la política de la verdad; encontrar la relación específica entre la verdad y el poder para estudiar la forma en la que éstos se retroalimentan¹.

Nuestro objetivo será entonces de comprender, siguiendo el razonamiento del filósofo, las interacciones del Derecho con los sistemas normativos no

¹ FOUCAULT, M., “Qu’est ce que c’est la critique”, en *Revista Filosofía ULA*, n°8, 1995)

institucionalizados y las relaciones de poder entre grupos e individuos; así, veremos que el sistema jurídico puede reaccionar tanto legitimando el poder disciplinario como neutralizándolo. Este método nos permitirá encuadrar el Derecho dentro de lo que sería una caja china de poderes, sin darle un enfoque esencialista y olvidando la problemática de la soberanía.

El Derecho es considerado en su singularidad: no es aquí la encarnación de una esencia –sea ésta la justicia, la voluntad divina o las leyes de la naturaleza–, el Derecho no tiene ni un principio fundador ni si dirige hacia una forma o estado fundamental. Vamos a oponer el principio de la génesis –causa principal con una descendencia ramificada –al de la genealogía– múltiples elementos determinantes por los que aparece una singularidad. De este modo trataremos de mostrar cómo el Derecho, al igual que la disciplina de la que deriva (tanto como forma de oposición como de legitimización), no sigue un proceso lineal ni racional.

El método que vamos a seguir se aparta radicalmente de una de las problemáticas centrales de la filosofía del Derecho: la legitimidad del soberano y de sus normas. Durante nuestro trabajo nos centraremos en la formación de los sujetos y de las fuerzas, entendiendo la soberanía como un modo de dominación, pero solamente uno de tantos. Como acabamos de decir, no vamos a estudiar el Derecho como una esencia, como un fruto de la lógica y neutralidad, si no como uno de los muchos mecanismos y discursos que crean y perpetúan las relaciones de fuerza en la sociedad, vamos a estudiar el Derecho como una prolongación de la norma disciplinaria. Por ello, la primera parte de nuestro trabajo va a estar dedicada a explicar qué es el poder disciplinario, ya que este concepto será la base de todo el análisis posterior.

La cuestión del Derecho es especialmente problemática en la obra de Foucault: no hay una definición unitaria de éste en sus escritos, pero al mismo tiempo no deja de referirse a él. Alves da Fonseca hace una distinción muy apropiada en su obra “*Michel Foucault et le Droit*” sobre las dos nociones que éste nos presenta de lo jurídico: en primer lugar, Foucault nos presenta el Derecho como una oposición al poder disciplinario – tanto conceptual como forma de resistencia a éste – y, en segundo lugar, como un medio de expansión del poder disciplinario. Seguiré así, en la segunda parte de nuestro trabajo esta estructura para acercarnos de una forma general pero completa a la noción de Derecho foucaultiana.

PARTE I – PODER, SABER Y DOMINIO: UNA INTRODUCCIÓN AL PODER DISCIPLINARIO

En esta primera parte estudiaremos individualmente el fenómeno del poder, el del saber, y cómo las relaciones entre ambos generan una situación de dominio: lo que Foucault califica como “poder disciplinario”.

1. Definición y manifestaciones de poder: exclusión de la teoría clásica liberal

La palabra “poder” proviene del latín *posse*, de *potis* que significa ser capaz de algo. Este verbo está íntimamente unido al poder en el sentido de *potestas* –potestad, potencia– y *facultas* –posibilidad, capacidad– y a la idea de fuerza que los acompañan.

De acuerdo con esta distinción etimológica, hay dos formas de definir el poder: una es a través el mecanismo jurídico-clásico –imperante en los filósofos hasta el siglo XVIII– y la otra es a través del mecanismo económico-funcional –desarrollada principalmente por los pensadores marxistas –.

Según la primera, el poder es un derecho originario que posee todo individuo y que se puede ceder total o parcialmente para constituir una soberanía política. Su figura central es el contrato; una vez que se superan los límites fijados en éste, el poder se convierte en opresión.

Esta teoría parte de situación de igualdad entre sujetos, tanto en sus relaciones interpersonales como en las relaciones entre personas e instituciones, y tiene su reflejo en el Código Civil. Sin embargo, esta igualdad inicial es irreal: no todas las personas tienen disponen del mismo “poder”, por esta razón, esta teoría no tiene en cuenta todas las condiciones personales y materiales determinantes en las vidas de las personas. Desarrollaremos esta cuestión a lo largo de todo el trabajo.

Esta no es la única crítica que podemos hacer al mecanismo jurídico-clásico: hoy en día asistimos a la exclusión de varios grupos de personas e intereses del contrato social. Por ejemplo, mediante la privatización de los servicios públicos, se produce una transformación del contrato social que regía esta situación a una mera relación de

consumidores y usuarios². Existen incluso los que, desde un principio, están excluidos de este contrato, como los jóvenes habitantes de las llamadas “zonas sensibles” de París o de los guetos de las grandes ciudades³.

Según la teoría económico-funcional, el poder mantiene las relaciones de producción y constituye diversas dominaciones: principalmente la de clases⁴, pero más adelante veremos que hay otros tipos de dominación no menos importantes. La ley no surge de un contrato social, si no de otro tipo de relaciones de poder: no partimos del presupuesto de igualdad de la primera teoría. En tal sentido, Michel Foucault y Boaventura de Sousa Santos nos dan, dentro de la corriente económica, unas claras definiciones de poder.

En palabras de Foucault, “el poder es esencialmente lo que reprime”⁵.. Sin embargo, su mecanismo de funcionamiento no es sólo la negación y la opresión: para que sea aceptado socialmente éste induce saber, placer y crea discursos. El poder es “una red productiva que atraviesa todo el cuerpo social más que una instancia negativa que tiene como función reprimir”⁶; esta fuerza se sustenta en conocimientos presentados como verdades y en múltiples formas de ejercicio: no es un bloque que somete a mujeres y hombres, si no fuerzas con diferentes cauces y manifestaciones que fluyen a través de las personas y sus relaciones –tanto colectivas como individuales–, haciéndolo soportable⁷.

Según Boaventura de Sousa Santos, el poder es “cualquier relación social regulada por un intercambio desigual”⁸. Esta definición nos hace llegar a una conclusión parecida a la de Foucault: en estas relaciones interpersonales e intergrupales no se da

² Lo que Boaventura de Sousa Santos viene a calificar de fascismo contractual: “el contrato social que presidió la producción de servicios públicos en el Estado de bienestar y el Estado desarrollista es reducido al contrato individual entre consumidores y proveedores de servicios privados”, dentro de la lógica del poscontractualismo, por la que grupos sociales tradicionalmente incluidos en el contrato social son excluidos de este, en DE SOUSA SANTOS, B., *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Trilce, Montevideo 2010., pp. 43-44.

³ Siempre según el mismo autor, aquí hablaríamos de “precontractualismo”, por el que un grupo de personas no tienen desde un principio acceso a la ciudadanía, al contrato social. *Ibidem*, p. 44

⁴ Idea del marxismo, que en ocasiones ignora los demás tipos de dominación social.

⁵ FOUCAULT, M., *Microfísica del poder*, las ediciones de la piqueta Seseña, Madrid 1979, p. 135

⁶ FOUCAULT, M., *Microfísica del poder*, op. cit. , p. 183

⁷ AVILA-FUENMAYOR, F., “El concepto de poder en Michel Foucault”, en *Revista de Filosofía A parte rei* nº 53, septiembre 2007, pp. 6-8

⁸ DE SOUSA SANTOS, B., *Crítica de la razón indolente*, Desclée de Brouwer, Bilbao 2003, p. 303.

un aplastamiento total de una parte hacia otra, si no un *intercambio* asimétrico por el que una de ellas gana más que la otra; un intercambio es un contrato, pero a diferencia de la teoría liberal clásica, Santos no parte de una utópica situación de igualdad entre sujetos. La consecuencia del ejercicio del poder será entonces la reproducción de las formas de poder, opresión y desigualdad que serán aceptadas socialmente.

¿Cuáles son entonces las diversas manifestaciones de esta fuerza? No debemos caer en el error de creer que el poder se ejerce solo de forma institucional a través de mecanismos legales; existen otras formas de ejercicio de poder que circulan entre individuos y grupos combinándose entre sí y creando relaciones en las que se producen varios tipos de intercambios desiguales en base a diferentes fundamentos.

Foucault hace así una distinción entre el poder jurídico –al que Santos, inspirado por éste, se refiere como poder caótico– y el poder disciplinario –o poder cósmico–. El poder jurídico es el que se basa en la soberanía y es ejercido de forma centralizada y de forma descendente; se basa en un discurso de justicia, obediencia y la norma. El poder disciplinario es, por el contrario, un poder repartido por la sociedad, sin un epicentro concreto; se ejerce de forma ascendente y se basa en un discurso científico de normalización. Dedicaremos nuestro segundo capítulo a explicar detenidamente las relaciones entre estos dos tipos de poder.

Según Foucault, esta dualidad de ley y norma tienen una razón de ser histórica: en la Edad Media, la sociedad estaba regulada por mecanismos de poder –relaciones entre señores y siervos, el sistema del vasallaje... –, que tenían como base la dominación de la tierra y las personas. Técnicamente existía un Derecho, pero estaba basado en la costumbre y su aplicación era completamente arbitraria. Así, la llegada de la monarquía revoluciona estas instituciones, ya que ésta se basa en unos principios de Derecho, limitando el poder no-escrito de los señores sobre los siervos de su tierra.

Sin embargo, a lo largo de los siglos XVII y XVIII hay un desplazamiento del poder jurídico del Estado al poder disciplinario, basado en la normalización y no en el Derecho. Así, hoy en día, vivimos con esta dualidad de poderes.

Las formas de producción y ejercicio de poder disciplinario, para ser aceptadas, se basan en una serie de saberes cuya creación está a su vez íntimamente relacionada con

el poder. Pero, ¿Cómo emergen estas formas de conocimiento? ¿De qué forma son absorbidas por la sociedad hasta el punto de crear verdades?

2. Saber y conocimiento bajo la metodología arqueológica de Foucault

Para comprender de qué forma se producen las diferentes relaciones de poder, necesitamos analizar de qué forma nacen los conocimientos sobre los que éstas se basan. Se nos presenta una pregunta fundamental, que será matricial durante todo nuestro estudio: ¿Los conocimientos, incluido el Derecho, tienen una fuente, un origen, una esencia o son inventados y creados por el ser humano? En función de la respuesta que encontremos, el poder que vaya a nacer a partir de ellos tendrá fundamentos opuestos: para ello vamos a explicar rápidamente las teorías del conocimiento clásicas y el punto de vista de Nietzsche. No vamos a abordar su teoría general del conocimiento, que es poco clara y contradictoria en algunos puntos, sino que vamos a seguir una parte de su razonamiento que nos permitirá establecer una relación entre la creación de saberes en base a unas relaciones sociales de fuerza y política.

Según las teorías del conocimiento occidentales clásicas, existe una relación directa entre el sujeto, el conocimiento y el objeto de estudio. Hay una fuerte relación entre estas teorías y la teología: esta relación de continuidad la garantiza la existencia de un Dios. Nietzsche, sin embargo propone un acercamiento al conocimiento no sólo desde el punto de vista filosófico, sino también desde el político: debemos entender el saber en relación con las luchas de poder. Para comprenderlo, vamos a citar y explicar un texto del autor:

En algún punto perdido del universo, cuyo resplandor se extiende a innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquel el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal⁹.

⁹ NIETZSCHE, F., en artículo póstumo fechado en 1873

Foucault dedica, el 21 de mayo de 1973, casi una entera conferencia en la Pontificia Universidade de Río de Janeiro a explicar esta citación.

En primer lugar, vamos a centrarnos sobre el eje central del párrafo: la palabra “invención”. Nietzsche utiliza esta palabra –*Erfindung*– como oposición a “origen” –*Ursprung*–: la invención implica ruptura, mientras que el origen implica continuidad. El nacimiento de la invención no tiene entonces una base metafísica, eterna; este nacimiento se opone al halo de solemnidad del origen: lo inventado nace en base a unas relaciones de poder dadas en un determinado momento, como producto del azar de la lucha y de incidentes históricos. El conocimiento no tiene, por tanto, una unidad, esencia o universalidad, es una consecuencia de unas situaciones históricas y aleatorias¹⁰. En segundo lugar, ¿Por qué Nietzsche nos habla del momento *más mentiroso y arrogante de la historia*? Según éste, nos encontramos ante un sujeto, un objeto que se quiere conocer y un mediador entre ellos: el conocimiento, en realidad inconexo de la naturaleza. Hacemos frente a una dualidad irreconciliable: por un lado, el saber se esfuerza en clasificar y “normativizar” de forma ordenada la naturaleza, en hacer obedecer lo ajeno al hombre a nuestras normas. El mundo, por el contrario, no tiene este orden y armonía: así se produce una forma de imposición, un enfrentamiento directo entre conocimiento y objeto. ¿Podemos entonces interpretar que el conocimiento en sí es una forma de poder y dominación, y no sólo un presupuesto para su reproducción?

La consecuencia que extrae Foucault de este razonamiento es que el saber que se nos presenta como una verdad es en realidad el resultado de todas estas “pequeñeces”. Lo que nos propone el filósofo es, de este modo, hacer un estudio genealógico, un análisis, del saber: tener en cuenta no sólo los saberes dominantes –el discurso científico–, si no todos los conocimientos periféricos que han sido excluidos y deslegitimados, calificados como “falsos” o “menores”¹¹.

3. Poder y saber: dos realidades integradas, un planteamiento anti-humanista

¹⁰ FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa , Ciudad de México 2008, pp. 18-21

¹¹ AVILA-FUENMAYOR, F., “El concepto de poder en Michel Foucault” *Revista de filosofí. A parte rei*,53, septiembre 2007, p. 5.

Hasta ahora hemos hablado separadamente de poder y conocimiento pero no de la forma en la que están interrelacionados: en esta sección vamos a extender el método arqueológico al ámbito del poder –y, consecutivamente al ámbito del Derecho–, para encontrar así la relación entre éste y el discurso.

Así, no se trata de buscar la esencia única –tanto en el sentido de origen como de finalidad– que fundamenta los saberes y sus relativas formas de poder, si no de encontrar las relaciones de fuerza en las que se basan las diferentes áreas de conocimiento que, mediante la creación de un discurso, a su vez, van a fundamentar la reproducción de estas formas de poder: el poder hace descubrimientos, acumula informaciones y las utiliza.

Encontramos así simetrías entre formas de poder y formas de conocimiento: por ejemplo, la razón por la que el poder disciplinario se dice ascendente y sin epicentro específico es que el discurso en el que se fundamenta –como vimos en la sección anterior– también lo es. El poder disciplinario, al igual que el conocimiento, arranca de *mecanismos infinitesimales* con una historia y una técnica específica, que ascienden y se generalizan.

Foucault, en su obra *Las Palabras y las Cosas*, nos introduce la figura del *episteme*: la forma de saber fundamental, dominante, que se adopta en una época y en un lugar determinados y según la cual se interpretan los objetos, construyendo un espacio en el que se elaboran unas leyes, unas formas de sumisión y poder.

Podemos entonces decir que la verdad es en sí misma una forma de poder desde el momento en que crea la ley a la que estamos sometidos. Foucault menciona un punto interesante al respecto en su *Microfísica del Poder*, cuando afirma que los procesos judiciales se basan en la indagación, en una búsqueda de la verdad que creará jurisprudencia y fundamentará el sistema judicial como tal. El Derecho y el saber están profundamente interrelacionados también en otros aspectos como en el uso de la psicología en el sistema penitenciario y el derecho penal de forma general.

Santos desarrolla la idea de las relaciones entre las constelaciones jurídicas, epistemológicas y políticas, que producen y reproducen las formas de opresión y desigualdad en la sociedad. Este autor critica a Foucault desde el momento en el que decide ignorar el Derecho considerando que es solamente una forma de dominación

estatal y no disciplinaria –y por tanto anacrónica–, y estudia exclusivamente las dos últimas constelaciones. Desarrollaremos el planteamiento de este autor durante el resto del trabajo.

Podemos decir que el Derecho es un conocimiento y una forma de poder en sí mismo: éste consiste en estudiar y conocer unos comportamientos y hechos sociales para posteriormente clasificarlos en contenedores jurídicos, en ordenar y regular en base a unos sistemas de dominación que tienden, consecuentemente, a reproducirlos.

Foucault critica fuertemente el humanismo y la separación que éste hace entre conocimiento y poder, entre hombres sabios y hombres de poder.

Así, podemos criticar la teoría humanista predominante en la actualidad: la teoría de la justicia de John Rawls, que hace una división radical entre saber y poder.

Este se basa en la teoría del contrato social que excluimos en la presentación de nuestro trabajo, pero con una modificación que lo acerca al planteamiento de Foucault: asume que la igualdad entre individuos de la que parte no existe. Por ello, sustituye el *estado de naturaleza* de Rousseau –el estado pre-político previo al contrato social– por la *posición original*: la primera ignora las relaciones de dominación y poder entre grupos e individuos, lo cual llevará necesariamente a un contrato social, a unas leyes e instituciones que reproduzcan estas formas de dominación y por tanto la injusticia. Esta observación es crucial para el desarrollo de este trabajo.

Para evitar esta reproducción de poder, Rawls introduce el *velo de la ignorancia*: en el momento de formación del contrato social, cuando los individuos eligen los principios de justicia –Derecho e instituciones– que van a regir la sociedad, lo hacen desde el desconocimiento de sus circunstancias específicas, de su posición dentro de las constelaciones de poder. De este modo, el acuerdo que surja no va a reproducir las formas de dominación.

Observamos que Rawls disocia el poder del saber precisamente para evitar las dominaciones. De todas formas, asume que los contratantes solamente ignoran su posición dentro de la sociedad, sus circunstancias (hombre o mujer, colonizador o colonizado, empleador o trabajador...), pero tienen conocimientos de economía, psicología y otras disciplinas; y la incongruencia es que estas disciplinas, a su vez, se han creado a partir de unas relaciones de lucha y desigualdad: Rawls ignora el poder disciplinario.

Además, esta teoría habla de una sociedad ordenada y hermética, lo cual también es irreal –pues ignora las luchas de poder y movimientos al interior de ella– y parte de una posición de falsa igualdad entre los contratantes *ignorantes*.

Está claro que dicha teoría se contradice profundamente con el método Foucaultiano: habla de una posición original, es decir, de un *origen*. Durante nuestro trabajo no vamos a buscar *un* centro de proveniencia: el método arqueológico consiste en *fragmentar* lo que parece una unión, con el fin de buscar las condiciones de lucha y enfrentamiento que han hecho aparecer un discurso. Así, el estudio del Derecho como discurso consistirá en la *deconstrucción* de un sistema jurídico aparentemente unitario, en la búsqueda de los conflictos entre ley y disciplina.

Sin embargo, el estudio del método arqueológico nos deja cierto sabor amargo en la boca: resulta desalentador pensar que el Derecho, una de las mayores construcciones de nuestra historia, no sea fruto exclusivo de la razón si no que en gran parte consiste en una extensión de la política, luchas, enfrentamientos sociales y sucesos históricos que escapan de la lógica. La metodología del saber arqueológico disocia y fragmenta al sujeto. Todas las preguntas sobre el origen del derecho y la justicia (Dios, naturaleza, razón...) son impertinentes; todas las preguntas sobre su finalidad también. El método foucaultiano deshace todas las certezas protectoras, cuestiona la raíz del saber y de la razón: *no hay conocimiento que no descansa en la injusticia*.

PARTE II – LAS INTERACCIONES ENTRE EL PODER JURÍDICO Y EL PODER DISCIPLINARIO

Por poder disciplinario entendemos un conjunto de mecanismos y de tácticas por los que se ejercen unas relaciones de poder, pero ¿qué es el poder jurídico desde un punto de vista foucaultiano? Como acabamos de ver, el autor se acerca al Derecho de una forma *no-esencialista*¹². Para explicar este método, resulta especialmente clarificadora esta citación de François Edwald:

El derecho no existe, lo que calificamos de “Derecho” es una categoría del pensamiento que no designa ninguna esencia, pero sirve para calificar ciertas prácticas: prácticas normativas, prácticas de obligación y de sanción social, prácticas políticas y prácticas de la racionalidad. Las unas pueden ser muy diferentes de las otras; el Derecho es un todo entero, sin restos, en cada una de ellas, sin que se deba deducir ninguna permanencia de una esencia.¹³

Así, Foucault no hará una teoría sobre el poder jurídico –ya que para ello hace falta determinar el objeto que se va a estudiar, y consecuentemente su “esencia”– si no que va a proceder a hacer una analítica de este poder, teniendo en cuenta las fuerzas y choques que lo configuran.

Antes de abordar de forma separada los dos tipos de relación entre poder jurídico y disciplinario que nos presenta Foucault, vamos a introducir uno de los puntos clave del capítulo: el juego del desplazamiento de la barrera del poder jurídico. Ante todo, tendremos que diferenciar la teoría liberal de la económica-funcional.

La teoría clásica liberal nos propone una separación entre el espacio público y el privado. Locke explica esta diferencia presentándonos el poder político y el poder no político: el primero, que es la relación entre gobernadores y gobernados, tiene su base en la legitimidad del consentimiento del grupo de individuos que forma una sociedad; mientras que el segundo tiene su base en la naturaleza y en el castigo.

¹² ALVES DA FONSECA, M., *Michel Foucault et le Droit*, L’Harmattan, 2014, pp. 18-20.

¹³ EDWALD, F., *L’Etat providence*, Grasset, Paris, 1986, pp. 29-30 [traducción propia].

Así, el espacio público es el creado por los individuos que, a través del pacto social, dan legitimidad al Estado para intervenir en una serie de relaciones y resolver sus conflictos; sin embargo, en el espacio privado no se le ha otorgado esta legitimidad al Estado: es el espacio de la intimidad personal, relaciones familiares e interpersonales y libre mercado.

Siendo el Derecho un instrumento neutral para la protección de los intereses individuales de los sujetos del contrato social, esta relación de dominio sólo podrá darse cuando el Estado sobrepase las funciones que le han sido encomendadas; por tanto, las relaciones de dominación sólo se dan entre gobernadores y gobernados. Esta teoría ignora así todas las formas de dominación del “ámbito privado”: todo lo que no se releve a la esfera pública no debe ser regulado, todo lo que no provenga de este ámbito *no es Derecho*.

Foucault y Sousa de Santos, al contrario que los liberales, no hacen de lo público y lo privado dos espacios divididos y excluyentes. Como hemos visto en el capítulo anterior, estos autores dan una amplísima definición de poder que invade todos los campos, planteando que el poder no se ejerce sólo de forma descendiente –como plantean los liberales con su división– si no también de forma ascendente y horizontal, es decir de lo privado a lo público.

Podemos entender entonces que, de acuerdo con la teoría liberal, que es la teoría en la que se basa nuestro sistema jurídico, el Derecho Estatal es un arma de politización y despolitización muy poderosa, ya que es la que en la práctica traza la frontera entre las dos esferas. Es importante comprender este razonamiento porque uno de los puntos más importantes de este capítulo son las consecuencias sobre las relaciones de dominación que tiene el juego del desplazamiento de la barrera de la legislación Estatal.

Capítulo 2. La oposición entre ley y norma

Dentro de las seis formas de poder que nos introduce Santos, podemos decir que la dominación estatal es la más “justa”, la menos arbitraria de todas: su ejercicio está limitado por un marco constitucional y por las reglas del juego democrático. Al

contrario que las demás formas de poder, la legal está sometida a unos controles por parte de la ciudadanía, por lo que se debería separar lo legal de lo exclusivamente político. La ley debería ser así imparcial y chocar con la lógica normativa de las otras formas de poder. Esta colisión se producirá en dos planos: el conceptual (2.1) y el práctico (2.2).

2.1 Una distinción de origen aristotélico: la oposición en el plano teórico

Podemos encontrar el punto de partida de este pensamiento en la distinción que hace Aristóteles entre Derecho y Economía su primer tomo de La Política; relevando las relaciones domésticas del espacio económico – en el sentido etimológico de la palabra: *nomos* (normas) y *oikos* (casa) –, y las relaciones entre hombres libres de la Polis del Derecho, con sus leyes y jueces. Las normas domésticas surgen de la autoridad del padre de familia; dentro de esta esfera no se aplicará la justicia entendida como virtud –es decir, en el sentido de “justicia general”. Estas normas se aplican en ámbitos distintos pero complementarios: la familia y la Polis.

Max Weber vuelve sobre esta idea, separando la *jurisdicción* –basada en el Derecho– de la *administración* –basada en la *economía* en el sentido de Aristóteles–. En el primer supuesto, el individuo sometido es sujeto (al cual se le dan unos derechos subjetivos: exigencias en materia probatoria, un proceso justo...); pero el modo de proceder del padre de familia ignora estas formas: las partes sometidas no son sujetos si no *objetos* que no se benefician de las garantías jurídicas. Así, la normatividad y la legalidad se oponen entre ellas.

Según Foucault, la gran diferencia entre los dos tipos de poder son los lazos que crean entre las partes: las disciplinas, desde el momento en el que jerarquizan y clasifican individuos a partir de una norma, de un conocimiento, infravaloran a unos respecto a otros, por lo que los intercambios entre las partes serán siempre asimétricos – lo que de Sousa Santos define como *relación de poder* –. Teniendo en cuenta que la relación contractual –la que nace de lo jurídico– se basa en una simetría entre los sujetos de Derecho, cabe preguntarse si la norma y la ley pueden ser compatibles¹⁴.

¹⁴ ALVES DA FONSECA, M., *Michel Foucault et le Droit*, op. cit. p. 139

Alain Supiot introduce otra diferencia fundamental entre el poder jurídico y el disciplinario, la figura del *sujeto de Derecho*: “*aquel sobre el que el orden jurídico positivo habilita a aplicar el efecto jurídico de una regla del derecho*”¹⁵. Esto es lo que separa el pensamiento jurídico del pensamiento político¹⁶. Así, las categorías jurídicas no operan más allá de sus propias limitaciones, a partir de las que se encuentra el no-poder jurídico, el poder disciplinario. La norma jurídica no se refiere a sujetos concretos, si no a categorías abstractas: el asalariado, el homicida, el ciudadano europeo...

Las normas que relevan el poder disciplinario, por el contrario, se dirigen a sujetos específicos y no a categorías abstractas, tratando a estos últimos como objetos, negando al sujeto¹⁷ y multiplicando las normas aplicables.

Un buen ejemplo de la negación del sujeto es el método de trabajo tayloriano, que supuso el pasaje del obrero “artesano”, con una fuerte identidad profesional, al obrero del trabajo en cadena, en el que el obrero pierde toda capacidad de autodeterminación –tanto de su persona durante el tiempo de trabajo, como del trabajo en sí–.

Con este caso apreciamos otra gran diferencia con el poder jurídico: el control *a priori* de los actos, en vez del control *a posteriori*¹⁸: al obrero se le impone detalladamente desde el inicio de la relación laboral la tarea que tiene que realizar, se autoriza entonces previamente cada acto. El poder jurídico solamente controlaría que no se sobrepasasen los límites impuestos legalmente.

Foucault, en *Vigilar y Castigar*, repite esta idea: considera la norma como un “infra-derecho” que ésta intenta regular todos los detalles de la existencia del individuo, sin limitación de sujetos. Pero el autor no quiere decir que el poder disciplinario sea una prolongación del Derecho, un Derecho más detallado: la norma tiene sus propios mecanismos punitivos clasificatorios, distintos de los jurídicos, con un mecanismo de creación diferente.

Esta es una división en el plano teórico, pero, ¿en qué casos encontramos esta oposición en la práctica? Cuando la ley queda al margen del poder disciplinario. Un ejemplo muy claro de este conflicto es el caso del choque entre el derecho disciplinario de familia –anclado en la ley islámica– y las leyes comunistas de la

¹⁵ Cit. MOTUSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, Paris, 1948, p.32

¹⁶ SUPIOT, A., *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 2007 p. 212 y ss.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

revolución del 68 en Uzbekistán¹⁹. En los países occidentales el choque ha sido menor: abordaremos este punto en la segunda parte del capítulo, en la que veremos el Derecho y la norma como mecanismos complementarios.

Varios autores han criticado el concepto de legalidad de Foucault: cuando el filósofo se refiere a la ley, la describe en base a un modelo aparentemente imperativista²⁰: la ley marca un límite entre lo que lícito y lo ilícito, la ley es lo que dice *no*: una “orden acompañada de una previsión de sanción”²¹, lo legal significaría poder como represión y no como relación. La noción de ley está intrínsecamente unida al concepto de *soberanía*, ya que su monopolio pertenece al Estado. En cambio, la norma que releva del poder disciplinario se crea a partir de unos conocimientos, de unas pretensiones científicas falsamente absolutas: su no-respeto no significará pasar de lo legal a lo ilegal, si no *de lo normal* –que coincide con el perfil marcado por la norma– *a lo patológico* –no coincidente.

2.2. El derecho como mecanismo de resistencia a la norma: la oposición en el plano práctico

Un buen ejemplo de la dicotomía entre disciplina y jurisdicción es el caso del derecho de la producción y el Derecho del Trabajo: este ejemplo es especialmente interesante porque puede entenderse como una forma de resistencia hacia el discurso normativo, y porque rebasa el campo de oposición puramente conceptual que acabamos de presentar.

El derecho de la producción entendido como poder disciplinario es seguramente una de las formas jurídicas más autoritarias –los empleados están sometidos al empleador, no tienen capacidad de contradecirle– y se mueve dentro del tipo de poder de la explotación. El derecho de la producción es el de la empresa, el del trabajo, que está fuertemente marcado por el poder inherente a la propiedad de los medios de

¹⁹ DE SOUSA SANTOS, B., *Vers un nouveau sens commun juridique: Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, LGDJ, 2004, p. 504.

²⁰ HUNT, A., WICKMANN, G., *Foucault and Law, towards a sociology of law as governance*, Pluto Press, Londres 1994, p. 59.

²¹ ALVES DA FONSECA, M., *Michel Foucault et le Droit*, op. cit., p. 103 ss.

producción: el propietario de la máquina también es propietario de la fuerza de sus trabajadores; así, la propiedad sobre las cosas se convierte en propiedad sobre las personas.

Max Weber, por ejemplo, entiende la unidad de organización de la empresa como una “administración privada”, en la que se aplicaría solamente el poder disciplinario y que escaparía de la esfera de la legalidad estatal, del derecho objetivo. Sin embargo, en esta esfera aplicamos el Derecho del Trabajo que, contrariamente al civil, no parte de la supuesta igualdad entre los contratantes.

Esta objetivación del trabajador del Derecho de la Producción (que a partir de ahora entenderemos como derecho disciplinario) es neutralizada con la aparición del Derecho del Trabajo, que devuelve al trabajador la condición de sujeto: el paso del contrato de alquiler de servicios –en el que el trabajador y su fuerza era el objeto del contrato– al contrato de trabajo –en el que el trabajador es uno de los sujetos del contrato, que le atribuye un estatuto protector–. La propiedad sobre la empresa no permite la deducción jurídica de un derecho de propiedad sobre las personas, que de por sí no existe.

Sin embargo, aún quedan resquicios del derecho de la producción en el Derecho del Trabajo, y es la condición subordinación del trabajador –que, a su vez, es una de las dos condiciones para la aplicación del Derecho del trabajo: así, la subordinación es a la vez condición previa y efecto–. Una de las preguntas que se plantea la doctrina francesa es precisamente cuál es el fundamento de esta situación jurídica, y las dos respuestas principales se basan en el derecho de la producción. La primera es la propiedad y el Derecho de la Empresa²², que como acabamos de explicar, a mi parecer no tiene validez: no hay distinción entre el poder de hecho y el poder de derecho.

La segunda sería el derecho fundamental de la libertad de empresa²³, reconocido en el artículo 38 de la Constitución Española, que consiste en el poder de “decidir qué

²² En el Derecho Empresarial, la dirección de la empresa se acuerda en los estatutos

²³ Podemos encontrar esta idea también en el ordenamiento europeo: TJCE Viking Lines y Laval, del 11 y 18 de diciembre 2007. El derecho de huelga atenta contra la libertad económica fundamental de empresa. Aunque la palabra “fundamental” aquí podría interpretarse de otra forma: el fundamento y motivo de creación de la Unión Europea es el libre comercio, así que es posible que el Tribunal de Justicia no se refiera a la libertad de empresa como un derecho humano si no como uno de los derechos fundadores de la UE. También está presente en otras constituciones europeas.

producir y cómo hacerlo²⁴”, del cual extraemos la libertad del empleador de dirigir a sus empleados –sin excluir la protección del Derecho del Trabajo– : hay así una tendencia a “fundamentalizar” el poder de dirección del empleador. El artículo 38 es un reflejo del pensamiento jurídico liberal clásico en el que se percibe el comercio como una manifestación de libertad frente a las injerencias del Estado²⁵, pero, ¿a partir de qué momento podemos equiparar los derechos humanos a los derechos económicos fundamentales? ¿El poder de dirección es un derecho fundamental de la persona? En mi opinión, la respuesta es negativa, ya que se contradice a la lógica de los Derechos Humanos: la libertad de empresa nació como un contrapoder de cara a las corporaciones, una abolición de la subordinación a estas entidades; los derechos fundamentales nacieron como un contrapoder contra el Estado –por eso tienen un efecto vertical, es decir, en las relaciones entre individuo y Estado–. Más tarde, al comprobar que las relaciones de poder existían también entre personas privadas, los Derechos Fundamentales se extendieron a las relaciones horizontales, aunque hoy siga habiendo debates sobre si su eficacia directa o indirecta. Los Derechos Humanos han entonces evolucionado: si en un primer momento éstos eran la lucha de la sociedad contra el Estado violador de estos derechos, la segunda y tercera generación de Derechos Humanos necesitan de la intervención del Estado para garantizar su cumplimiento. Concebir entonces el poder de dirección –con la consecuente subordinación del empleado– como un Derecho Fundamental significa utilizar los Derechos Humanos para limitar la libertad del individuo, lo cual es, a mi parecer, un contrasentido.

Alan Hunt y Gary Wickham ²⁶ critican la oposición férrea de Foucault entre norma y ley, y su teoría de que la ley es una forma negativa, prohibitiva de poder. Según estos autores, el filósofo ignora el poder normativo de la legalidad, ya que considera que la ley no tiene un espacio en la concepción no-tradicional de poder: en su opinión, ésta sigue aferrada a una concepción clásica. Hunt y Wickham critican que Foucault no busca una concepción moderna de la ley, al limitarla a la orden y sanción –llegándola a tachar de “simplista”, ya que Foucault equipararía todos los mecanismos legales a

²⁴ STC 112/2006 del 5 de abril

²⁵ CHAMPEIL-DESPLATS V. “La liberté d’entreprendre au pays des droits fondamentaux”, en *Revue du Droit du Travail* n° 19, 2007

²⁶ HUNT A. y WICKMANN G., *Foucault and Law, towards a Sociology of Law as Governance*, op. cit., pp. 59 y ss

los punitivos del Derecho Penal– concluyendo que legalidad y normatividad vendrían a ser nociones diferentes pero no opuestas, ya que el poder jurídico habría sido un *agente fundamental* para la expansión de las nuevas disciplinas.

Así, interpretan la relación entre Derecho del Trabajo y Derecho Doméstico de forma opuesta²⁷, haciendo un brevísimo estudio de la historia del Derecho Laboral inglés que hasta el siglo XX reforzó el poder de los patrones, regulando legalmente el proceso de producción Tayloriano, o la intensidad y calidad del trabajo producido.

Pero Foucault no se refiere al Derecho sólo como oposición frente a la disciplina – tanto conceptual como modo de resistencia, como acabamos de ver con el caso del Derecho del Trabajo–, también lo presenta como un vehículo perpetrador de la norma.

Capítulo 3. El Derecho como vehículo normalizador

Como mencionamos en el capítulo introductorio, Foucault, al contrario que la Teoría del Derecho tradicional, no estudia la legitimidad de la soberanía –ni para buscar el origen del Derecho ni para establecer sus límites–. Foucault estudia el Derecho que proviene de esta soberanía como mecanismo de dominación, como vehículo de la norma. Según el filósofo, la problematización de la soberanía tendría como objetivo

“disolver, al interior del poder, el hecho de la dominación, para hacer aparecer en lugar de esta dominación, que querríamos reducir o esconder, dos cosas: por un lado, los derechos legítimos de soberanía y, por otro lado, la obligación legal de obediencia”²⁸.

En esta parte de nuestro trabajo explicaremos esta noción que tiene Foucault del Derecho, por la que no habría una diferenciación radical si no una interpenetración entre norma y ley, primero de una forma general, y posteriormente en dos campos específicos.

²⁷ HUNT, A., WICKMANN, G. *Foucault and Law, towards a Sociology of Law as Governance*, op. cit., 1994, p. 65

²⁸ cit. FOUCAULT, M., *Il faut défendre la société*, Cours au Collège de France, Association pour le Centre Michel Foucault, p. 22

Sección primera - Los ilegalismos: un problema que no pierde actualidad

Foucault menciona por primera vez el *ilegalismo* en sus cursos de “*La Société Punitiv*e” en 1973 en el Collège de France ²⁹, en el contexto de los abusos de poder por parte de la autoridad en las prisiones estatales.

Un *ilegalismo* es una práctica en principio ilegal, pero que en ciertos procesos sociales o situaciones es aceptada: su persecución está condicionada por relaciones de poder e intereses. El *ilegalismo* vendría a caracterizar una situación intermedia entre la legalidad y la legalidad, una forma de *gestión* de los actos ilegales en una legislación y sociedad determinada³⁰. Así, la existencia de esta noción descartaría la supuesta “rigidez” de la noción de legalidad de Foucault criticada por Hunt y Wickmann.

Antes de preguntarnos cómo limitar estas situaciones, debemos pensar en cuál es su objetivo. Foucault, en su entrevista “*des supplices aux cellules*” explica que el *ilegalismo* no es un problema accidental, si no un elemento fundamental para funcionamiento social; el legislador prevé unos espacios en los que se permite que la ley sea ignorada y otros en los que debe ser cumplida. La noción acuñada por Foucault demuestra así la falsa neutralidad jurídica, que gestionará las ilegalidades en función de su jerarquía.

La normalización de los *ilegalismos* conduce a un refuerzo de las relaciones de poder, de los grupos dominantes: estos mecanismos tienen su origen en el Antiguo Régimen, de forma explícita a través estatutos privilegiados, e implícita por la incapacidad de reprimir estos comportamientos –por la posición social ocupada por sus perpetradores– o para conservar “la paz social”. Foucault llega a declarar que “la ley no está hecha para evitar un tipo de comportamiento, si no para diferenciar las maneras de disuadirla”³¹. Así, el ilegalismo sería un instrumento de refuerzo de la dominación de un grupo social sobre otro.

²⁹ Según François Bullant, el término ilegalismo ha sido inventado por Foucault – en BULLANT, F., *Michel Foucault y las prisiones*, Nueva visión, Buenos Aires 2004, p. 74

³⁰ ALVES DA FONSECA, M., *Michel Foucault et le Droit*, op.cit. , p. 101

³¹ *cit.* FOUCAULT, M., “Des supplices aux cellules”, en *Dits et écrits*, Quarto Gallimard, Paris 2001, p. 1587

Pierre Lascoumes, siguiendo la lógica foucaultiana, demuestra la diferencia entre las infracciones en función del grupo social al que pertenezca el infractor: históricamente, los miembros de la clase desfavorecida han sido sometidos a penas públicas y espectaculares –con el fin de la ejemplaridad–, pero a las clases nobles o pudientes siempre se les aplicó el castigo de forma discreta, para invisibilizar su delincuencia, especialmente la económica. No sólo variaba el modo de aplicación de la pena: también la pena en sí. Lascoumes cree que hoy en día existe un sistema de gestión diferencial de los crímenes económicos por tres motivos: la de-publicitación de las relaciones comerciales, el enaltecimiento del valor de los beneficios de las escuelas neoliberales americanas y el control de las instituciones, que invisibiliza las sanciones societarias. El autor habla de una “eufemización” de este tipo de delincuencia.

Un ejemplo clásico de la función política y económica de los ilegalismos es el de la evasión fiscal: esta tolerancia impulsó el crecimiento y consolidó la riqueza de la burguesía en el S. XVIII. Tenemos un caso mucho más cercano en el tiempo: la amnistía fiscal aprobada por el Gobierno en 2012, por la que se permitió, durante un período de tiempo limitado declarar sumas ocultas con la consecuente extinción de la responsabilidad penal a cambio del pago de un 10% de su valor (en vez de algo más del 50% del IRPF que hubieran tenido que pagar desde un principio) con el fin de recaudar varios millones de euros.

Nicolas Fischer y Alexis Spire reinterpretan esta noción no como el dominio de una categoría social sobre otra, si no como el dominio del Estado sobre ciertos grupos de población: inmigrantes en situación irregular, refugiados, detenidos... estudiaremos esta cuestión con detenimiento en el punto dedicado al derecho de extranjería.

Sección segunda - El Derecho y la norma en los espacios de poder concretos: lo doméstico y lo comunitario

3.1. Derecho doméstico y patriarcado

De Sousa Santos define el *espacio doméstico* como el “conjunto de relaciones sociales de producción y reproducción de la vida familiar, entre marido y mujer (o

una pareja definida de otra forma con una relación comparable), entre éstos últimos y sus hijos, y entre padres”³².

El espacio doméstico está regularizado por el Derecho Doméstico, que son “los estándares normativos y mecanismos de resolución de conflictos que resultan de la sedimentación de las relaciones sociales dentro del hogar, y, al mismo tiempo, las componen”³³.

Este espacio –y todas las demás interacciones sociales– se rige, según Santos y la teoría feminista, por la forma de poder del *patriarcado*³⁴, el sistema por el que el hombre controla la reproducción social de la mujer. Pero el patriarcado no tiene sólo efectos dentro del derecho doméstico, donde será neutralizado por la intervención Estatal (3.1.1.), sino en todas las demás formas de interacción social y normas que las regulan (3.1.2.).

3.1.1 Un pulso entre el poder jurídico y el poder disciplinario: el Derecho Social

El derecho social estatal está íntimamente relacionado con el derecho doméstico: para comprender este punto, haremos en primer lugar un recorrido histórico por la legislación social francesa –no la española, ya que la lógica del Estado Providencia nació con la Revolución de 1789–. En un segundo tiempo, veremos las consecuencias que tiene la desregularización familiar y el desmantelamiento del Estado Providencia en las barreras entre Derecho doméstico y Derecho estatal.

En el Antiguo Régimen, la familia era *sujeto y objeto de gobierno*, con su propia distribución de poder en la que el padre de familia tenía bajo su poder y tutela a la mujer, niños y demás componentes del hogar (miembros ascendientes, siervos...) ³⁵: responde por ellos y debe garantizar su obediencia al orden público. Para asegurar este último, el Estado se apoyaba sobre la familia. El jefe de familia tenía un poder

³² DE SOUSA SANTOS B., *Vers un nouveau sens commun juridique: Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, op. cit., p. 499.

³³ Idem.

³⁴ “Toda familia se rige de forma monárquica por el hombre más anciano”, escribe Aristóteles en *La Política*, Tomo I

³⁵ DONZELOT J., *La police des familles*, les éditions de minuit, Paris, 1977 p. 49

arbitrario sobre sus miembros –estas relaciones de poder podrían clasificarse de Derecho doméstico como poder disciplinario–.

Así, las personas que no pertenecían a esta organización no podían ni cubrir sus necesidades ni estar controlados: la Administración Pública creó entonces hospitales generales y centros de internamiento, que además servirían para garantizar un medio coercitivo a las familias pobres para mantener bajo control a sus miembros desobedientes.

Con la toma de la Bastilla, las masas piden al Estado que se encargue de satisfacer las necesidades de la población –asistencia, sanidad, trabajo y educación independientemente de la pertenencia o no a una familia– y el fin de la arbitrariedad de la organización familiar. Así, nace la idea del Derecho Social como poder jurídico y central, en oposición al derecho doméstico disciplinario: poco a poco, el Estado va vigilando y regulando las familias.

Un buen ejemplo de este tipo de intervención estatal es el *contrat de tutelle* –contrato de tutela francés– del siglo pasado: con unas leyes de 1889, 1898 y 1912 se ha ido transfiriendo el poder de la familia que no cuida adecuadamente de sus hijos sobre éstos hacia la Asistencia Pública u otra persona³⁶.

El resultado final es que el Derecho Estatal y el Derecho doméstico están en constante negociación, interacción y conflicto. En los Estados occidentales el segundo no es casi perceptible por dos razones³⁷: en primer lugar, el Derecho positivo se ha reducido al Derecho Estatal, convirtiendo los sistemas jurídicos periféricos, las prácticas sociales, en *sentido común jurídico*. En segundo lugar, el Derecho Estatal se ha introducido tanto en los hogares que finalmente, el Derecho Doméstico ha terminado por adaptarse a éste último, siendo dos realidades casi coincidentes.

Sin embargo, como consecuencia entre otras cosas de la crisis económica, en los últimos años el poder jurídico se ha ido retirando poco a poco de los hogares, dejando más espacio al poder disciplinario.

³⁶ DONZELOT J., *La police des familles*, op. cit. p. 84

³⁷ DE SOUSA SANTOS B, *Vers un nouveau sens commun juridique: Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, op. cit. p. 503

El *Estado Providencia* se refiere al conjunto de intervenciones del Estado en el ámbito social para garantizar un nivel mínimo de bienestar a todos ciudadanos: es innegable que, en estos últimos años, la presencia de los servicios y ayudas sociales ha disminuido. La existencia de las constelaciones jurídicas hace que no se haya creado un vacío legal, si no que la frontera entre Derecho Estatal –en principio más avanzado– y doméstico –más arcaico– se haya desplazado a favor de este último³⁸ por ejemplo, aumentando el número de obligaciones de la *mujer* con respecto al cuidado de sus hijos, ancianos o a los miembros discapacitados de su familia. El resultado es entonces la vuelta a los mecanismos más patriarcales del derecho doméstico disciplinario.

Así, una parte de la garantía del bienestar de los ciudadanos se desplaza de la esfera pública a la privada, responsabilizando a las familias de un problema que, ya desde hace siglos, releva del orden político. El poder disciplinario se convierte en un punto de apoyo del poder jurídico.

3.1.2. La no-representación de la mujer en la norma: Olympe de Gouges y el análisis crítico del discurso

En 1793 Olympe de Gouges muere guillotizada tras haber planteado la cuestión de la igualdad de sexos. El discurso de esta autora, sobre *La declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana* gira alrededor del Derecho, en el que se interroga sobre el lugar de la mujer en la creación de éste, en la participación femenina en la administración de la *res publica*³⁹. En la época de la invención de la *liberté, égalité, fraternité* subsistía una voluntad de excluir a la mujer de la elaboración de la norma; así, el abad Sièyes escribe:

³⁸ DE SOUSA SANTOS B, *Vers un nouveau sens commun juridique: Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, op. cit. p. 504

³⁹ ABOUDRAR, S., “Construction normative et féminité”, en *L’année sociologique*, nº1 2003, pp. 197 - 210

Todos los habitantes de un país deben disfrutar de los derechos de ciudadano pasivo; pero no todos tienen derecho a tener una parte activa en la formación de los poderes públicos, no todos son ciudadanos activos, las mujeres al menos en el estado actual⁴⁰

Nadie duda de que la mujer haya sido históricamente excluida de la elaboración de la norma; hoy en día debemos preguntarnos si no es excluida, al menos de forma discursiva, de su objeto.

Resulta así especialmente interesante aplicar el método del análisis crítico del discurso al estudio de la ausencia del género femenino en la norma: la mayoría de nuestros conocimientos y creencias sobre el mundo son adquiridos a través del discurso, su importancia no puede ser infravalorada. Teun A. van Dijk define este método como

un tipo de investigación analítica sobre el discurso que estudia el modo en el que el abuso del poder social, el dominio y la desigualdad son practicados, reproducidos y ocasionalmente combatidos, por los textos y el habla en el contexto social y político⁴¹.

La elaboración de la norma es en sí misma una forma de poder. El Derecho Estatal, por su capacidad coercitiva, es uno de los discursos más influyentes en las sociedades occidentales: los ciudadanos están obligados a ser sus receptores y no existe un discurso legal estatal alternativo⁴² –estamos sometidos a un solo Derecho Estatal: aunque en el sistema de las constelaciones jurídicas haya varios derechos a los que estamos sometidos, el Estatal es reconocido como el único oficial–.

Una de las estrategias más comunes es la auto-representación del grupo dominante y la *hetero-representación negativa*⁴³ de los diferentes grupos dominados, creando una gran brecha entre el *nosotros* y el *ellos*. El sujeto femenino no viene mencionado en el discurso legal: la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios, la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Estatuto de los Trabajadores... desde un punto de vista léxico predomina la lógica masculina.

⁴⁰ SIÈYES, E-J., *Préliminaire de la constitution, reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Bauduin, Paris, 1789, p. 21

⁴¹ VAN DIJK, T-A., “El análisis crítico del discurso”, en *Revista Anthropos* nº186, 1999, pp. 23-36

⁴² Idem.

⁴³ Idem, p. 30

Si la lógica jurídica occidental se basa en el sistema jurídico-clásico liberal del que hablamos en el capítulo introductorio, y, como dijimos al principio de esta parte del trabajo, el Derecho Estatal tiene un papel de barrera entre la esfera pública y la privada, creo que este uso masculino del Derecho puede tener el efecto muy sutil – pero existente, ya que los discursos son la base de nuestras ideas y creencias– de asociar lo masculino a lo público y lo femenino a lo privado, acentuando así las diferencias entre sexos. Podemos asociar esta práctica con la que nos menciona van Dijk: la separación entre el *nosotros* y el *ellas*, el otro sexo, *¿el segundo sexo?*

3.2. El derecho estatal y el derecho de las comunidades: una fractura legal

El extranjero es la figura de “el otro” por excelencia: su definición se hace de forma negativa – todo aquel que no tenga la nacionalidad española –, lo cual no nos sorprende: el otro no puede definirse de otra forma que “el que no soy yo”, “el que no forma parte de mi grupo”⁴⁴. ¿Pero a qué nos referimos con extranjero? Sería muy interesante hacer aquí un análisis en función de todas las constelaciones jurídicas y las divisiones creadas por la disciplina –el ajeno a la familia, el ajeno mi religión, el loco, el delincuente– pero aquí nos vamos a centrar en el Derecho de Estado, en el ajeno al territorio estatal. Así, nuestro estudio va a estar marcado por una intensa dualidad entre el “nosotros” y el “ellos” –lo que lo que nos remitiría al análisis del discurso de Van Dijk –aunque con un matiz: el Derecho de la Unión Europea y algunos Tratados Internacionales ha difuminado esta oposición jurídica entre extranjero y nacional. Hoy en día, “algunos son menos extranjeros que otros”, lo cual hace más interesante y complejo nuestro análisis: así, cuando nos refiramos al extranjero hablaremos del extracomunitario y no originario de un Estado miembro.

Históricamente, siempre ha habido persecuciones más o menos intensas hacia el extranjero, y hoy en día, con la criminalización del extranjero extracomunitario seguimos atrapados dentro de la misma lógica: el Estado se nutre del miedo a la supuesta inseguridad, de la “delicuentización” automática de la inmigración, para imponer unas prácticas de poder sobre estas personas con el consentimiento más o

⁴⁴ LOCHAK, D., *Etrangers: de quel droit?* PUF, Paris, 1985, p. 43

menos tácito de la población. ¿Cómo se produce esta “delincuentización”? En primer lugar, está asociada al hecho de no estar en una situación administrativa regular; el inmigrante clandestino se convierte automáticamente en infractor. A esto debemos añadir, en caso de obtención del permiso, la dificultad de mantenerlo, que muchas veces depende de la arbitrariedad policial y administrativa. Las otras infracciones atribuidas a los inmigrantes son, en su inmensa mayoría, delitos que se deben a una situación de pobreza, y el gran error aquí es que se da un tratamiento exclusivamente represivo a lo que es una cuestión social⁴⁵.

Así, el Estado, en vez de contrarrestar legalmente (como hizo a través del Derecho Laboral) estas relaciones de poder hacia los extranjeros, se vuelca de lleno en su represión por mecanismos penales.

Siguiendo la idea de soberanía de Foucault, el filósofo italiano Giorgio Agamben presenta la cuestión de la soberanía estatal como una forma de poder concreta y violenta hacia los individuos a los que no concede el estatuto de “ciudadanos”⁴⁶, las poblaciones marginales: delincuentes, extranjeros en situación regular o irregular, personas sin domicilio... Así, el Derecho sería un límite a la soberanía, y los *ilegalismos* serían un modo de opresión estatal hacia estos grupos. Y no sólo estatal: este *ilegalismo* tiene una funcionalidad económica, y es que el clandestino es mano de obra barata y casi esclavizada, ya que no se le aplica el Derecho del Trabajo y no dispone de derechos subjetivos. La economía sumergida en España –que, según el diario *El Mundo* representa un 24,6 del PIB– se desarrolla en gran medida gracias a la mano de obra irregular.

Santos se refiere a la forma de poder de la *diferenciación desigual*⁴⁷ que funciona por el dualismo entre exclusión e inclusión de ciertos grupos. El poder jurídico tiende a absorber esta forma de poder, precisamente tolerando estos ilegalismos: así, vamos a utilizar la cuestión de los Centros de Internamiento de Extranjeros como eje de nuestro análisis, tanto desde el punto de vista de Foucault (3.2.1) como desde el de Santos (3.2.2).

⁴⁵ PALIDDA, S., *Migrations Critiques*, Karthala, Paris, 2011, pp. 177-185

⁴⁶ Es importante distinguir la ciudadanía de la nacionalidad.

⁴⁷ DE SOUSA SANTOS, B., *Vers un nouveau sens commun juridique: droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, op. cit. , pp. 497-498

3.2.1. Los Centros de Internamiento de Extranjeros: una perspectiva foucaultiana

En los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE a partir de ahora) son retenidas hasta 2500 personas en situación irregular en toda España durante un período máximo de 60 días, a la espera de ser deportadas a su país de origen. Los reclusos en estas instituciones acumulan dos estatutos jurídicos: el de preso y el de inmigrante en situación irregular. Así, el estudio de los CIE es especialmente interesante porque nos permitirá analizar las interacciones entre los infra-derechos de Lochak y la prisión de Foucault, uno de los temas principales de su obra.

Danièle Lochak desarrolla a mediados de los años 80 la noción de los *infra-derechos*; esta autora sostiene que el Derecho tiene una parte objetiva, por la que el Estado controla y obliga a los individuos, y una parte subjetiva relativa a la libertad de los individuos y a sus prerrogativas legales. Lochak introduce la teoría de que los inmigrantes son presentados en la norma como objeto de reglamentación pero no como sujetos, perdiendo así el Derecho su función tuitiva; la admisión y expulsión del extranjero en territorio estatal es discrecional del Estado, lo cual posiciona al extranjero en una situación de amenaza constante, ya que de esta admisión en el territorio dependen su estatuto y derechos subjetivos: sólo podrá ejercer los derechos garantizados por la ley estatal en la medida en la que el Estado haya aprobado su estancia. Las leyes especiales aplicables a los extranjeros se multiplican –y cambian regularmente, creando una situación de inseguridad jurídica–, pero las garantías legales no se desarrollan de forma paralela.

Los extranjeros así se encuentran sometidos a un *Estado de Policía* más que a un Estado de Derecho, que según la doctrina alemana es aquél en el que “la autoridad administrativa puede, de forma discrecional y con una libertad de decisión más o menos completa, aplicar [...] todas las medidas en las que considere oportuno tomar de su propia iniciativa, para enfrentarse a unas circunstancias y llegar a los fines que se haya propuesto”⁴⁸, basándose en la idea de que el fin justifica los medios. Santos sostiene que los extranjeros estarían sometidos a un *Estado de excepción*⁴⁹, en el que

⁴⁸ LOCHAK, D., *Etrangers, de quel droit?* op. cit., p. 206

⁴⁹ DE SOUSA SANTOS, B., *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, op. cit. p. 41

los Derechos son restringidos con el fin de su salvaguardia: el razonamiento es el de “limitar sus derechos para conservar los nuestros”.

El derecho de los extranjeros es uno de los casos más claros de la permeabilidad entre Derecho y política, la traducción del poder disciplinario al jurídico menos disimulada de nuestro ordenamiento. Así, los CIE son una consecuencia de esta ausencia de garantías de los extranjeros: la imposición de medidas cautelares del orden penal, limitadoras de libertades fundamentales, por simples sanciones administrativas.

La *ley orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* establece que el régimen de funcionamiento interno de estos centros deberá desarrollarse por reglamento; sin embargo, el primero ha sido aprobado por el *Real Decreto 162/2014 del 14 de marzo*. Así, hasta hace dos meses los CIE se encontraban en un limbo legal; esto significa que estas instituciones se regían plenamente por normas disciplinarias: sus muros también limitaban la extensión del Derecho en el territorio español. El Consejo General de la Abogacía y un gran número de ONG denunciaban que los internados en los CIE tenían una situación jurídica más restrictiva que los internos en centros penitenciarios, por el cúmulo de los estatutos de preso e inmigrante irregular. Sin embargo, el 14 de marzo de este año el Ministerio de Interior intentó ofrecer unas garantías y unos derechos subjetivos a los que antes eran sólo objeto de regulación.

Según Foucault, todas las instituciones disciplinarias se rigen por un reglamento interior que parece intentar trasladar el orden jurídico a la institución, haciendo de nexo entre ley y norma, pero introducen bajo esta forma legal unas *disimetrías insuperables*⁵⁰, excluyendo toda reciprocidad en las relaciones entre las partes: así, según el filósofo, el reglamento falsea automáticamente el supuesto vínculo contractual, ya que su contenido es una relación de disciplina que jerarquiza a unos individuos de cara a otros. De este modo, si lo que pretende el Ministerio de Interior es fijar unos límites al ejercicio de poder de los policías que trabajan en los CIE y garantizar el respeto de los Derechos Fundamentales de los internos, siguiendo esta lógica solamente justificaría y reforzaría estas relaciones de poder. Procederemos

⁵⁰ FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI editores 2002, Ciudad de México, p. 205.

entonces a analizar este reglamento como instrumento jurídico del poder disciplinario, prestando especial atención a su estructura, obligaciones de los policías y derechos reconocidos a los internos.

En primer lugar, nos llama la atención la estructura altamente jerárquica de los CIE: hay un director general –del cuerpo de la Policía Nacional– que tiene poder sancionador, de dirección y control de ejecución, y de aprobar las normas del régimen interior. Encontramos también una junta de dirección, pero que sólo tiene funciones consultivas; una unidad de seguridad bajo la autoridad directa del director que ejercerá la jefatura del personal y implantará las medidas para preservar el orden; la administración, bajo orden del director, que recibirá las quejas y asegurará el cumplimiento de las normas de los internados, y, por último, la asistencia sanitaria, jurídica y cultural. Todos estos organismos están entonces bajo el control directo del director general del centro. Este modo de organización jerárquica y disciplinaria tiene sentido cuando lo que se pretende es corregir la actitud del interno: la figura del juez no sería útil, ya que sus medidas solamente podrían recaer sobre una infracción y serían de aplicación muy posterior a su comisión. Así, Foucault llega a hablar de la *declaración de independencia carcelaria*⁵¹, en la cual no predomina la lógica del sistema legal –corrección tras la infracción a través de la figura del magistrado–, si no la del sistema disciplinario.

También nos llama la atención la medida de castigo reconocida en el artículo 57 del reglamento sobre *contención o separación preventiva de internos*, por el que se podrá aislar al interno con el fin de *evitar actos de violencia o lesiones propias o ajenas, impedir posibles actos de fuga o daños en las instalaciones del centro, así como ante la resistencia al personal del mismo en ejercicio legítimo de sus funciones*. Hanway reconoce en 1775 el aislamiento como un modo de hacer reflexionar y re-encontrar la voz de la conciencia del detenido, y –según Foucault– es uno de los principios de funcionamiento de la prisión, por su utilidad a la hora de evitar motines y reagrupaciones y sobre todo porque garantiza que el poder ejercido por los policías no sea contrarrestado: “la soledad es la condición primera de la sumisión total”⁵².

⁵¹ Idem p. 227.

⁵² Idem p. 217

Foucault concibe estos mecanismos –junto con el trabajo y la modulación de la pena– como modos de hacer útil la prisión, para la transformación de los “delincuentes” en “ciudadanos”. Pero los CIE no tienen una naturaleza punitiva, los internos no son cualificados de delincuentes: el encierro tiene solamente una función preventiva, en teoría deberían ser solamente privados de su derecho de ambulatorio, pero en ningún caso de todos los demás. ¿Cuál es entonces la explicación de la aplicación de los mecanismos carcelarios de jerarquía y aislamiento, si no se quiere “transformar” a los sujetos? Lochak nos da una respuesta interesante: los infra-derechos. La aplicación de los métodos descritos en el reglamento es una evidencia más de la regulación del inmigrante como objeto y no como sujeto. Podríamos incluso preguntarnos cuál es la función última de estas instituciones; su objetivo es en principio una garantía procesal para el cumplimiento de la sanción de expulsión, pero solamente un 50% de los internos llegaron a ser finalmente expulsados en 2011.

Este es un *ilegalismo* manifiesto en el sentido de Fischer y Spire: el *ilegalismo* no se trata aquí un privilegio de una clase sobre otra, sino un modo de dominación de la parte del Estado que afecta a las personas que transgreden la normativa legal. Según estos dos autores, frente a la creciente movilidad de personas, los Estados han optado por multiplicar su intervención en este ámbito, llegando a penalizar a los inmigrantes en situación irregular. Siguiendo esta lógica, y siempre según los mismos autores que se basan en la noción de soberanía de Agamben, la “penalidad” no sería un modo de reinsertar los individuos, si no de apartar los grupos “desviados”⁵³.

3.2.2. Los Centros de Internamiento para extranjeros y el pensamiento abismal

Boaventura de Sousa Santos explica esta aplicación del Derecho selectiva con la idea del pensamiento abismal: según éste, el pensamiento occidental divide la sociedad en dos universos, el *universo de este lado de la línea* y *universo del otro lado de la línea*, que se entiende como no existente⁵⁴. Esto es aplicable, por ejemplo, a la metrópolis y

⁵³ FISCHER, N., SPIRE, A., “L’Etat face aux illegalismes”, en *revue Politix* n°87, 2009, pp. 11-13.

⁵⁴ DE SOUSA SANTOS, B., *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Trilce, p. 29 y ss.

las tierras coloniales; así, lo colonial se caracterizaría como inexistente ⁵⁵, lo *sin ley*: “más allá del ecuador no hay pecados”. Existe entonces una dualidad entre los dos mundos, llegando a negar la humanidad del otro lado de la línea – la del hemisferio sur –, y considerando la de este lado como universal. Santos nos propone que esta dualidad no ha desaparecido con el fin del colonialismo, si no que hoy en día sigue existiendo, sigue habiendo una *división radical entre lo humano y lo subhumano* ⁵⁶: la única diferencia es que la línea abismal se ha desplazado, por lo que estas formas de violencia no se darán solamente en los antiguos territorios colonizados, sino también en las sociedades metropolitanas. El autor habla del *retorno de lo colonial*, que adoptaría tres formas: la legislación para la lucha contra el terrorismo, los trabajadores migrantes en situación irregular y los refugiados. Las tres tienen una cosa en común: la consideración de inexistencia legal, que es la traducción en el presente del sistema de exclusión radical de la época. “Los principios humanos [de lo occidental] no quedan comprometidos por prácticas inhumanas⁵⁷” en los territorios más allá de la línea que hoy atraviesa de forma irregular las metrópolis⁵⁸.

En nuestro trabajo nos vamos a centrar en los migrantes en situación irregular; así, sostengo que los Centros de Internamiento de Extranjeros son una puesta en práctica manifiesta del pensamiento abismal en España. Hasta el 14 de marzo de este año, estos centros no estaban regulados de ninguna forma: los CIE eran un área de no-Derecho en la que, en vez de la lógica de la regulación/emancipación, primaría la de apropiación/violencia que Santos hace característica de los terrenos colonizados.

Existe un reglamento aplicable –independientemente de que éste legitime el ejercicio del poder disciplinario por parte de la Policía Nacional– pero, ¿Puede éste ser realmente efectivo? Solamente una parte insignificante de los abusos cometidos por el vigilante pueden llegar a juicio; en primer lugar, por el precario conocimiento que

⁵⁵ Lo cual tiene lógica, visto que para apropiarse de unos territorios en los que vive otro pueblo de forma legítima, habrá que suponer que la tierra no es de nadie. Para imponer un propio Derecho, en el caso del colonialismo español el Derecho Indiano, habrá que suponer que los pueblos no tienen un Derecho o un sistema de organización propio. Todo el razonamiento colonial se basa así en la negación del otro y en la universalización de uno mismo.

⁵⁶ DE SOUSA SANTOS B., *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Trilce, p. 36

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Un excelente ejemplo del pensamiento abismal aplicado a los migrantes que no han regularizado su estancia es, además del de los CIE que abordaremos con detenimiento, el de la reciente reforma del sistema sanitario por el que se excluye de su beneficio a estas personas. Llegamos así a un punto tal de negación del sujeto y sus derechos (también fundamentales) que no reconocemos su derecho a la asistencia sanitaria. A mi parecer, esta es la viva imagen de que “los principios humanos no quedan comprometidos por prácticas inhumanas”.

tienen los internos de su situación legal. Varias asociaciones y ONG han denunciado que los internos raramente tienen conocimiento de la situación jurídica en la que se encuentran ⁵⁹ (aunque por reglamento exista la obligación de informar a los internos y dotarles de asistencia de oficio). En segundo lugar, porque una vez que son devueltos a su país de origen, les es muy difícil y costoso emprender acciones legales contra la administración española.

El reglamento aprobado por el *Real Decreto 162/2014* reconoce en su artículo 16 la salvaguardia de los Derechos Fundamentales de los extranjeros y algunos específicos de su situación de internamiento, principalmente en relación con la asistencia sanitaria y jurídica. Pero el primer punto de este artículo contiene una parte inquietante:

Todas las actividades desarrolladas en los centros se llevarán a cabo salvaguardando los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las que fueran necesarias, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de internamiento acordada.

Este artículo reconoce directamente la posibilidad de limitar los derechos fundamentales de los extranjeros en función del contenido y finalidad del internamiento. Como bien explica Santos, el pensamiento abismal compatibiliza la lógica del Estado constitucional con la del Estado de excepción ⁶⁰, que sería el aplicado a los internos extranjeros. Llama la atención el hecho de que sea idéntico al artículo 25.2 de la Constitución Española, que se refiere a las penas privativas de libertad:

El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo ordenatorio, el sentido de la penal y la ley penitenciaria.

Así, el Ministerio de Interior equipara al culpable de un delito penal grave –visto que para entrar en prisión la pena debe ser superior a dos años si no se tienen antecedentes

⁵⁹AAVV, *Informe sobre los Centros de Internamiento de Extranjeros en España*, Asociación Pro-Derechos Humanos en España 2013, Madrid, p. 5

⁶⁰ DE SOUSA SANTOS, B., *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, op. cit. p. 46

penales— con la persona objeto de una sanción administrativa en materia de limitación de Derechos Fundamentales. ¿Nos encontramos ante el nacimiento de la “delincuencia administrativa” exclusiva a los extranjeros? Esta particularidad está obviamente limitada a las sanciones por estancia irregular; los nacionales no pueden ver sus libertades restringidas por un incumplimiento de cara a la administración. Considero incluso que el régimen impuesto a los extranjeros es más sancionador que el aplicado a los presos: para los casos penales la norma fundamental se refiere a los derechos *expresamente limitados* por el fallo y el sentido de la ley. Sin embargo, el reglamento del 14 de marzo habla de una restricción necesaria conforme al contenido y finalidad de la pena, pero, ¿Quién aprecia la necesidad? ¿Quién determina si las medidas son proporcionales? La Policía Nacional. Vistos los repetidos y cotidianos abusos de la policía, reportados por un gran número de ONGs, asociaciones de defensa de los Derechos Humanos, e incluso por el Defensor del Pueblo, cabe preguntarse cómo el Ministerio del Interior ha podido aprobar este texto dejando total libertad de apreciación de *necesidad* a los vigilantes. Es cierto que el reglamento, en su artículo también prevé la existencia de un libro-registro de quejas en el centro para poder interponer un recurso ante la autoridad competente, pero si el objetivo de la estancia es su expulsión, una vez que esté fuera del país, ¿podrán seguir ejerciendo su acción legal? Hacerlo sería extremadamente complejo y costoso: no está al alcance de los internos. Las medidas previstas por el reglamento para el respeto de los Derechos Fundamentales de los internos son ineficaces. Así, no sólo el CIE en sí mismo es un *ilegalismo* desde el punto de vista abismal, sino que el propio reglamento parece multiplicarlos para su funcionamiento interior.

Los Centros de Internamiento de Extranjeros son jurídicamente insostenibles. El nuevo reglamento solamente ha legitimado el poder disciplinario que lo regula; el Derecho más que un vehículo normativo es un envoltorio de ésta, que se contradice con los principios más básicos del ordenamiento jurídico. El Ministerio de Interior ha reforzado la lógica abismal en los CIE: sus muros no son solamente barreras físicas, también son barreras legales. Los Centros de Internamiento de Extranjeros están en el otro lado de la línea, en el Estado de excepción, en ese territorio de la metrópolis que no existe.

Hemos estudiado dos espacios de producción de poder de forma separada, pero esto no significa que las formas de poder sean excluyentes; estas esferas se encuentran en interacción constante: como bien dice Foucault, el poder se ejerce en cadena, y Santos nos lo explica de forma muy clara con su noción de *constelaciones*.

Capítulo 4. Las interacciones entre los espacios de poder según Boaventura de Sousa Santos y el caso del empleo doméstico: las constelaciones de ilegalismos

Santos sostiene que el sistema de organización social es una combinación de seis espacios estructurales, cada uno de ellos con su dimensión de poder, epistemológica y jurídica; y estos seis espacios son autónomos pero interactúan constantemente.

Las formas de poder de las que habla son el patriarcado, la explotación, la diferenciación desigual, la dominación –que hemos explicado anteriormente, aunque sólo poniendo en relación las dos últimas–, el fetichismo de las mercancías y el intercambio desigual; cada una de ellas tiene su espacio de actuación, su forma jurídica de reproducción u oposición, y un conjunto de saberes y ciencias que le dan sentido y la legitiman.

Así, nuestro estudio no sería completo si analizáramos solamente las formas de poder de forma separada, como hemos hecho hasta ahora con el patriarcado, la explotación y la diferenciación desigual; por eso, para concluir este capítulo vamos a hacer un breve guiño al caso del empleo doméstico. En este tipo de trabajo encontramos una intersección muy interesante entre formas tres de poder en función de la identidad del sujeto: mujer y patriarcado, inmigrante y diferenciación desigual, y empleada y explotación. Para abordar este tema hay que tener especial cuidado con el término “mujer inmigrante”, que no puede ser homogeneizado. Así, cada mujer tendría unas condiciones socioeconómicas diferentes.

En España se viene produciendo desde hace varios años un movimiento de mercantilización, especialmente migrante, del cuidado familiar. Esto está favorecido por varios factores sociales –principalmente la integración creciente de la mujer en el mundo laboral y el envejecimiento de la población, que ha creado un mercado de

cuidados nuevo— y factores económicos y legales —el débil desarrollo del Estado Social o, como explicamos anteriormente, el retroceso del Estado Providencia de devuelve a la esfera privada lo que antes era público, haciendo pesar sobre la mujer las tareas de cuidado doméstico—.

El empleo doméstico se encuentra entre la esfera privada (aunque tenga elementos de la pública, visto que el empleo se regula legalmente), ya que es un trabajo que se hace en la “intimidad del hogar”; por este motivo, se considera que el Estado no tiene potestad para intervenir en lo privado y las empleadas se encuentran en un limbo legal. No hay horarios, no hay salario mínimo, no hay derechos colectivos; sí puede haber un contrato de trabajo que, por los mismos motivos que los reglamentos de los CIE, son un falseamiento de la lógica contractual. Así, la mujer estará plenamente sometida a la autoridad y poder disciplinario del empleador, estando situada en una posición social y laboral muy vulnerable. Esta precariedad se ve acentuada en el caso de que la mujer se encuentre en situación irregular; en España es posible obtener el permiso de residencia y trabajo estando en situación irregular por la vía del arraigo social: habrá así que acreditar la permanencia en el territorio español durante un tres años con un contrato de trabajo de una duración mínima de un año y la ausencia de antecedentes penales. La gran mayoría de las regularizaciones por esta vía se producen presentando un contrato de empleo doméstico; así, las mujeres en situación irregular serán todavía más dependientes que un empleado con la nacionalidad española, el poder del empleador es mucho más amplio, lo cual puede dar lugar a abusos que no obtendrán respuesta legal.

La causa principal de esta situación de vulnerabilidad, de este poder disciplinario elevado al máximo exponencial es, precisamente, el poder jurídico. Las leyes y políticas migratorias son las que crean estos procesos de desigualdad y subordinación desde el momento en el que condicionan su acceso a los derechos de la ciudadanía⁶¹; así, el caso de las empleadas domésticas extranjeras (especialmente en situación irregular) es un claro ejemplo de constelación de ilegalismos. En efecto, la situación de irregularidad administrativa da lugar a un gran número de ilegalismos: no

⁶¹ OSO L., PARELLA S., “Inmigración, género y mercado del trabajo: una panorámica de la investigación sobre la inserción de las mujeres inmigrantes en España”, en *Cuaderno de Relaciones Laborales*, vol. 30, 2012, pp. 11-44

existiendo la persona a efectos jurídicos, no dispone de Derechos subjetivos, con lo cual se podrá aplicar el peso disciplinario sobre ella sin ningún límite y, al existir solamente como objeto de Derecho, el poder jurídico sólo será aplicado como forma de dominación y represión. Personalmente, un caso que me ha llamado mucho la atención es el de Olga (nombre ficticio), una mujer rusa en situación irregular que, al acudir a comisaría para denunciar una violación, fue llevada a un Centro de Internamiento de Extranjeros para posteriormente ser expulsada de nuestro territorio⁶².

El Derecho es entonces un arma de doble filo; por un lado, puede ser emancipador al ser un modo de resistencia a las relaciones de dominación, pero, por otro, puede ser un caballo de Troya perpetuando paquetes de formas de poder en cada relación que regula.

⁶² VV.AA., *Entre el miedo y la desprotección: mujeres migrantes en situación irregular frente a la violencia sexual en España*, Fundación Aspacia, Madrid, 2013, p. 44

CONCLUSIÓN

El estudio de Foucault del poder jurídico nos invita a ver el Derecho de una forma crítica, alejándonos de la visión abstracta de la ley; lo jurídico se convierte en una reacción, una respuesta a lo disciplinario. Así, el legislador tiene dos opciones: reproducir las formas de poder y dominio entre grupos e individuos o neutralizarlas. Así, el Derecho Social –en su vertiente tanto laboral como de la Seguridad Social– puede ser visto como un arma de emancipación, mientras que el Derecho Civil, hijo de la Revolución Francesa, es muchas veces –por su presupuesto irreal de igualdad entre las partes– perpetrador de las relaciones de intercambio desigual. Pero esto no es siempre así: el Derecho de Extranjería, por ejemplo, reconoce la desigualdad entre sujetos y la acentúa. Foucault nos obliga a pensar en lo jurídico como el resultado de un choque de intereses, haciendo del estudio del Derecho algo menos narcisista al localizarlo en el interior de una cadena de poderes.

Pero este razonamiento nos lleva a un interrogante muy complicado, y es, ¿cómo llevar esta teoría a la práctica? La única conclusión a la que he llegado al respecto es que el Estado, a través de la ley, debe tener un papel fuerte en la regulación social, –obviamente sin caer en la dominación estatal de los antiguos regímenes marxistas– para equilibrar las relaciones de poder entre individuos. Aparentemente, Foucault también tuvo dudas al respecto, ya que en su juventud se afilió al Partido Comunista Francés pero, decepcionado, lo abandonó al cabo de un par de años. Tras el movimiento del 68 volvió a interesarse en el ámbito político, pero por las mismas razones decidió volver a abandonarlo.

Volviendo al plano teórico, creo que la dominación no puede ser una libertad; el abuso de poder y el intercambio desigual no pueden ser un derecho. El legislador debe así servirse del conocimiento de lo disciplinario precisamente para neutralizarlo: el Derecho debe ser emancipador y no perpetuador de la lógica dominación/sumisión, tanto en su forma – como en el caso del Derecho del Trabajo – como en su contenido. Esto, en mi opinión, pasa por el fin de los ilegalismos y por el no-desplazamiento de la línea que separa lo público de lo privado hacia éste último, ya que se reforzarán las relaciones de poder social; en términos de Santos, hablaríamos de una *democratización de la democracia*.

En todo caso, no creo que para desarrollar esta concepción del Derecho todo el peso deba recaer sobre el Estado; el rol de éste es equilibrar este tipo de relaciones, lo cual no será posible sin un gran trabajo de auto-concienciación ciudadana de estos micro-organismos de poder. Para alcanzar la realidad del Derecho emancipador, nos espera un largo trabajo a nivel colectivo e individual.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOUDRAR, S., “Construction normative et féminité”, en *L'année sociologique* , n°1, Paris, 2003, pp. 197-210
- ALVES DA FONSECA, M., *Michel Foucault et le Droit*, L'Harmattan, Paris, 2014
- AVILA-FUENMAYOR, F., “El concepto de poder en Michel Foucault”, en *Revista de Filosofía A parte rei* n° 53, septiembre 2007, pp. 1-16
- BULLANT, F., *Michel Foucault y las prisiones*, Nueva visión, Buenos Aires 2004
- CHAMPEIL-DESPLATS, V. “La liberté d’entreprendre au pays des droits fondamentaux”, en *Revue du Droit du Travail* n° 19, 2007
- DE SOUSA SANTOS, B. , *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Trilce, Montevideo, 2010
- DE SOUSA SANTOS, B., *Vers un nouveau sens commun juridique: Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, LGDJ, Paris 2004
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., “Les droits des femmes face aux réformes recentes”, en *l'Année sociologique* n°1, 2003
- DONZELOT, J., *La police des familles*, les éditions de minuit, Paris, 1977
- HUNT, A., WICKMANN, G., *Foucault and Law, towards a sociology of law as governance*, Pluto Press, Londres, 1994
- FISCHER N., SPIRE A., “L’Etat face aux illégalismes”, en *Revue Politix*, n°87, 2009
- FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar*, Siglo XXI editores, Ciudad de México, 2002
- FOUCAULT, M., “Des supplices aux cellules”, en *Dits et écrits*, Quarto Gallimard, Paris, 2001, pp. 1585-1561
- FOUCAULT, M., *Microfísica del poder*, Las ediciones de la piqueta 1979
- FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Ciudad de México 2008
- LOCHAK, D., *Etrangers, de quel droit?* PUF, Paris, 1985
- OSO, L., PARELLA, S., “Inmigración, género y mercado del trabajo: una panorámica de la investigación sobre la inserción de las mujeres inmigrantes en España”, en *Cuaderno de Relaciones Laborales*, n° 30, 2012, pp. 11-44
- SUPIOT, A., *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 2007, p. 212 y ss.
- PALIDDA S., *Migrations Critiques*, Karthala, Paris, 2011, p. 177-185
- VAN DIJK, T-A., “El análisis crítico del discurso”, en *Revista Anthropos* n°186, 1999, pp. 23-36